

ע"פ 27711/02/16 - מדינת ישראל - המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין נגד עובד נועם

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

24 ינואר 2017

ע"פ 27711-02-16

לפני: כב' השופט יעקב שפסר, סג"נ, אב"ד
כב' השופטת זהבה בוסתן
כב' השופט ד"ר שמואל בורנשטיין
המערערת: מדינת ישראל - המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין
נגד
המשיב: עובד נועם

פסק דין

המשיב הורשע על פי הודאתו, בבימ"ש השלום ברחובות (כב' השופטת מ' כפיר), בעבירה של שימוש ללא היתר ובניגוד להוראות תכנית, לפי סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**חוק התו"ב**") וזוהה, לאחר שמיעת ראיות, מעבירה של הסגת גבול כדי לעבור עבירה של שימוש שלא כדין, לפי סעיף 447 לחוק העונשין, תשל"ז 1977 (להלן: "**חוק העונשין**") (ת"פ 14-07-19345).

על המשיב הוטל קנס בסך של 40,000 ₪ או 4 חודשי מאסר תמורתו, וניתן צו להפסקת השימוש וצו הריסה (להלן "**הצווים**"), שיכנסו לתוקף ביום 1.4.17, ומכוונים כלפי המבנים נשוא כתב האישום. בנוסף, חויב המשיב לחתום על התחייבות כספית על סך 40,000 ₪ להימנע, במשך שנתיים (ממועד כניסתם לתוקף של הצווים), מביצוע העבירה בה הורשע.

הערעור שבפנינו מכון כלפי זיכוי המשיב מהעבירה של הסגת הגבול וכלפי קולת העונש.

כתב האישום

1. על פי הנטען בכתב האישום המתוקן, המקרקעין הידועים כחלקה 24 בגוש 4545, הם בבעלות עיריית רחובות וייעודם על פי תכנית רח/2003/ב "שטח לבנייני ציבור" - שב"צ (להלן: "**המקרקעין**").

במועד שאינו ידוע למערערת נכנס המשיב אל המקרקעין שלא כדין, ומאז הוא מחזיק בהם כדי לעבור בהם עבירה של שימוש שלא כדין. במועדים שאינם ידועים למערערת ביצע המשיב במקרקעין עבודות בניה ללא היתר כדין. העבודות כללו בניה גדר המקיפה את המקרקעין ששטחם כ- 1,800 מ"ר; בניה מבנה בשטח של כ- 94 מ"ר המשמש למגורים

ובצמוד לו פרגולה בשטח של כ- 32 מ"ר; הצבת מכולה בשטח של כ- 45 מ"ר המשמשת למגורים ובצמוד לה פרגולה בשטח של כ- 41 מ"ר; הצבת קרוון בשטח של כ-37 מ"ר המשמש למגורים ובצמוד לו שתי פרגולות בשטח כולל של כ- 39 מ"ר; הצבת קרוון בשטח של כ- 43 מ"ר המשמש למגורים ובצמוד לו פרגולה בשטח של כ-26 מ"ר; הצבת מכולה המשמשת למגורים בשטח של כ- 14 מ"ר ובצמוד לה רצפת בטון מקורה בשטח של כ- 13 מ"ר; הצבת מכולה בשטח של כ- 33 מ"ר המשמשת למגורים ובצמוד לה רצפת בטון מקורה בפרגולה בשטח של כ- 22 מ"ר; בניית בריכת שחייה בשטח של כ- 22 מ"ר; ובניית פחון מחסן ושירותים בשטח של כ- 13 מ"ר.

הערעור על הכרעת הדין

הכרעת הדין של בימ"ש קמא

2. המשיב הודה כי בנה את המבנים המוצבים על המקרקעין והוא עושה שימוש במקרקעין, המיועדים כיום לצורכי ציבור, מבלי שיש בידו היתר כדין.

3. בית המשפט קמא בחן את יסודות עבירת הסגת הגבול הכוללים יסוד עובדתי של כניסה לנכס ויסוד נפשי של מודעות (לפחות), לכך שהנאשם נכנס לנכס של "מחזיק" אחר והוא עושה זאת במטרה "להפחיד, להקניט, או לעבור עבירה".

4. בהתייחס ליסוד הנפשי, קבע בית המשפט קמא כי לא נטען, ובוודאי לא הוכח, שהכניסה למקרקעין היתה כדי "להקניט או להרגיז", ולא נטען כי המשיב ידע ברמה גבוהה של וודאות שהימצאותו במקרקעין עלולה "להרגיז או להקניט".

סעיף 447(א) לחוק העונשין מגן על זכותו של המחזיק במקרקעין ושאלת זכויותיו הקניניות בהם אינה רלוונטית. לפיכך, היה על המערערת להוכיח כי המשיב ידע שהוא מחזיק במקרקעין לא לו והם מצויים בחזקתו של אחר.

5. מדובר במקרקעין שלטענת המשיב אביו רכש אותם לפני שנים רבות. הוכח שהוא משלם עליהם תשלומי ארנונה במשך עשרות שנים (נ/6) ואין מחלוקת כי במהלך השנים, בהם החזיק המשיב במקרקעין, איש לא פנה אליו בדרישה לצאת מהם.

בהינתן העובדות המפורטות לעיל, קבע בית המשפט קמא, כי לא ניתן לייחס למשיב, מטרה או מודעות, מעבר לספק סביר, לאפשרות של הקנטה או העלבה של "מחזיק" במקרקעין. ביהמ"ש קמא הוסיף כי **יתכן אף שהמשיב סבור כי הוא מחזיק בהם כדין** וממילא אין לו את היסוד הנפשי הנדרש בעבירה. לכל היותר, יש למשיב טעות בדיני הקניין, בדיון הלבר פלילי, באופן השולל את המחשבה הפלילית הנדרשת להתהוות העבירה, כשטעותו היא טעות בעובדה המשליכה על מודעותו לרכיביה העובדתיים של העבירה.

6. משנה תוקף מצא בית המשפט קמא בעובדה כי על פי הראיות שהוצגו, בעלותה של מדינת ישראל במקרקעין

היא רק מאז שנת 1986 (ת/5), והנסח ההיסטורי (ת/11), עליו ביקשה המדינה להסתמך, אינו מלמד מי היו הבעלים או חוכר המקרקעין לפני שנת 1986, ועולה ממנו כי, ככל הנראה, בשנת 1986 נעשה הסדר מקרקעין אשר הביא לרישום.

7. בהתייחס לטענת ב"כ המערערת כי בשנת 1986 נרשמו המקרקעין בהתאם לחוק שיכונים ציבוריים, ציין בית המשפט קמא כי אין מחלוקת שהתוכנית שהוגשה לרישום לא נשלחה למשיב, כך שככל שהיו לו טענות ביחס לבעלות שנרשמה על שם מדינת ישראל, לא ניתנה לו ההזדמנות להעלות אותן. משלא הוכח כי דבר רישום המקרקעין הובא לידיעתו של המשיב לא ניתן לטעון כי היה מודע לכך שהחזקתו במקרקעין אינה כדין.

עוד קבע בית המשפט קמא כי גם אם מדובר בפלישה לא מגיע הדבר לכדי עבירה ולכל היותר מהווה הפלישה עילה לתביעה אזרחית.

8. בהעדר הוכחה בדבר מחשבה פלילית, התייתר הצורך לדון בטענות הצדדים ביחס לרכיב העובדתי של העבירה ושאלת התיישנותה.

נימוקי הערעור על הכרעת הדין (הזיכוי)

9. בימ"ש קמא שגה מהבחינה המשפטית בפרוש יסודות עבירת הסגת הגבול, ומהבחינה העובדתית בקביעותיו לגבי מעמד המקרקעין נשוא הערעור. כן טעה בהערכת הראיות שהובאו מטעם המערערת.

היסוד העובדתי הנדרש בעבירת הסגת הגבול הוא כניסה לנכס שלא כדין. העבירה היא עבירה נמשכת כל עוד הגורם שעבר את העבירה ממשיך לשהות במקרקעין.

היסוד הנפשי הנדרש בעבירה מורכב מה"מודעות לנסיבות", דהיינו מודעות לכניסה לנכס ולעובדה שהכניסה אינה כדין, ובהמשך, נדרש להוכיח שהכניסה נעשתה בכוונה לבצע את אחת החלופות המנויות בסעיף 447 לחוק העונשין: "הפחדת המחזיק בנכס"; "העלבת המחזיק בנכס"; "הקנטת המחזיק בנכס"; או "**בכוונה לעבור עבירה**".

10. בימ"ש קמא התעלם מהחלופה "בכוונה לעבור עבירה" והתייחס בהכרעת הדין לחלופה של ב"מטרה להפחיד או להקניט", שכלל לא נטענה על ידי המערערת, ולכן גם לא הוכחה.

11. בהתייחס ליסוד העובדתי -

בימ"ש קמא לא קבע ממצאים עובדתיים של ממש, כמו גם קביעות מהימנות כלשהן. כל שקבע הוא שלא שוכנע שכניסת המשיב למקרקעין הייתה שלא כדין ושהתקיים היסוד הנפשי של "מודעות" לכך שהכניסה למקרקעין אינה כדין.

המקרקעין רשומים במרשם המקרקעין בבעלות עיריית רחובות והמשיב לא הציג כל ראיה לגבי זכויותיו במקרקעין, למעט גרסאות כבושות שהועלו בפרשת ההגנה בדבר רכישת המקרקעין על ידי אביו מאחר, ללא תיעוד וללא רישום.

גרסאות אלה לא יכולות להקים ספק סביר באשר לזכויות המשיב במקרקעין. מאידך, הראיות שהובאו על ידי המערערות, לפיהן למשיב או למי ממשפחתו אין זכויות במקרקעין ולא היו להם מעולם זכויות במקרקעין, לא נסתרו.

תשלום הארנונה איננו רלוונטי לשאלת הזכויות במקרקעין, וגם העדר דרישה לפנות את המקרקעין במהלך השנים, אינו מקנה זכויות במקרקעין (רע"א 3846/13 מ"י נ' היפר חלף ואח' [פורסם בנבו] (21/07/15)).

12. הנסח ההיסטורי (ת/11) מלמד שלמקרקעין מעולם לא היו בעלים אחרים מלבד מדינת ישראל ועיריית רחובות.

חוק רישום שיכונים ציבוריים (הוראת שעה), התשכ"ד-1964 (להלן: "**חוק שיכונים ציבוריים**") לא הקנה בעלות במקרקעין אלא "צילם" מצב קיים, לפיכך, אין ברישום המקרקעין והעברת הזכויות בהן מהמדינה לעיריית רחובות כדי ליצור יש מאין. המקרקעין הוסדרו בשנת 1929, וממועד זה ואילך כל עסקה או זכות בהן הייתה צריכה להיות רשומה. משכך, אין כל משמעות לרישום משנת 1986 בו הועברו המקרקעין מהמדינה לעיריית רחובות ללא מסירת הודעה למשיב, שהרי למשיב או למי ממשפחתו לא היו זכויות כלשהן שרשומות במקרקעין.

13. חלוף הזמן אינו מגן מפני הליכים פליליים, לפיכך החזקתו של המשיב במקרקעין משך שנים רבות, לא הכשירה את כניסתו אליהם שלא כדין אלא רק העצימה את "נפח" העבירה הנמשכת של הסגת הגבול.

אין לתת יד לסיכול האכיפה הפלילית במקרה זה על ידי קבלת טענות שהועלו בעלמא בדבר רכישת המקרקעין.

14. בהתייחס ליסוד הנפשי -

סגה בימ"ש קמא משסבר שקיים ספק באשר ליסוד הנפשי של "מודעות" לביצוע העבירה. משלא נקבעו ממצאי עובדה לגבי המקרקעין לא ברור מהו אותו ספק נפשי.

מגרסאות המשיב בחקירותיו עולה שידע שהמקרקעין אינם שלו או של אביו ועצם את עיניו אל מול עובדה זו.

הדבר נלמד מתשובתו הספונטאנית בחקירתו מיום 25.08.13, אליה זומן כשלושה חודשים מראש, ובה טען כי אינו יודע למי שייכת הקרקע עליה ניצב ביתו ובתי ילדיו מזה שנים ואינו יודע שמדובר בקרקע ציבורית (ת/6- עמ' 3 ש' 51).

גם בחקירה מאוחרת יותר, מיום 28.05.14 (כ- 9 חודשים לאחר חקירתו הראשונה) עדיין לא ידע לומר דבר לגבי חוקיות השימוש שהוא ומשפחתו עושים במקרקעין (ת/1).

אין בהכרעת הדין הסבר מדוע מצא בימ"ש קמא לקבל את גרסתו הכבושה של המשיב שהועלתה רק בעדותו, לעומת גרסאותיו בחקירותיו. בפרט אמורים הדברים מאחר ואביו העיד שאין בידו את זיכרון הדברים שנערך עם המוכר ולא רשם את המקרקעין על שמו. המשיב גם לא ידע להסביר מדוע בית הוריו, המצוי בסמיכות למקרקעין, כן נרשם על שמו, והמקרקעין, שגם הם נרכשו על ידם, לא נרשמו על שמו.

15. בימ"ש קמא התעלם מהחלופה של "בכוונה לעבור עבירה". לאור הודאתו של המשיב שהוא מחזיק ונמצא

במקרקעין במטרה להשתמש בהם למגורים, קרי ביצוע עבירה על חוק התכנון והבנייה של שימוש שלא כדין, הוכחה הכוונה לבצע עבירה (ת/6, ת/1 עמ' 33 ש' 24 ואילך).

תשובת המשיב לענין הכרעת הדין

16. המשיב אינו חולק, היום, שהמקרקעין אינם שייכים לו (ראה פרו' הדיון עמ' 4 ש' 4). לטענת המשיב, שעה שנכנס למקרקעין, לכל המאוחר בשנת 1974, לא היה זה כדי לבצע עבירה, אלא כדי לעשות בהם שימושים בשעה שעדיין לא היתה קיימת תכנית האוסרת את השימוש למגורים. המשיב נכנס למקרקעין כדי ונשאר בהם כדין והוא מעולם לא התבקש להתפנות מהם, על אף שבעלת המקרקעין, העיריה, ערכה ביקורות בשטח וידעה שהמשיב מחזיק בהם ועושה בהם שימוש. העיריה אף חיבה את המשיב בתשלומי ארנונה ומים, ששולמו על ידו.

17. היסוד העובדתי "כניסה שלא כדין לנכס", לא מתקיים במקרה זה, שכן, אין שום ראיה או טענה לגבי הנסיבות בהן המשיב נכנס למקרקעין והאם נכנס אליהם שלא כדין.

18. באשר ליסוד הנפשי, נוכח העובדות לפיהן - המשיב ומשפחתו יושבים במקרקעין עשרות שנים, ומעולם לא פנו אליהם בעניין, הם שילמו ארנונה ומים כל השנים, אין אחר העושה שימוש במקרקעין, כולל הסוכנות שהיא החוכרת של המקרקעין, לא ניתן לומר שהתקיימה אצל המשיב מודעות או עצימת עיניים ביחס לכניסה למקרקעין "שאינה כדין".

דין והכרעה - הכרעת הדין

19. סעיף 447(א) לחוק העונשין שעניינו הסגת גבול קובע כדלקמן:

"העושה אחת מאלה כדי להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה, דינו..

(1) נכנס לנכס או על פניו;

(2) לאחר שנכנס כדי לנכס נשאר שם שלא כדין."

20. היסוד העובדתי של עבירת הסגת הגבול, מצריך כניסה לנכס שבהחזקת הזולת כשאליו מתווסף היסוד "ובלי זכות חוקית לכך", שאינו מצוין במפורש בסעיף 447 לחוק, אך מקובלת הדעה כי הוא נכלל בו מכללא.

ליסוד העובדתי מתווסף היסוד הנפשי של מודעות לכך שהכניסה לנכס היא שלא כדין כדי לבצע את אחת המטרות המנויות בסעיף 447.

ודוק: סעיף 447 אינו בא להגן על זכות הבעלות אלא על זכות החזקה שלעיתים יכולה להיות אף מפני הבעלים (ראה י. קדמי על הדין בפלילים תשס"ו - 2005 עמ' 989). על כן שאלת הבעלות במקרקעין, לגביה אין מחלוקת, אינה

רלוונטית. השאלה עליה אנו נדרשים להשיב היא האם הוכיחה המערערת כי בשעה שהמשיב נכנס למקרקעין היה מודע כי הוא נכנס למקרקעין של אחר שלא כדין.

לשאלה זו אף אנו, כמו בית המשפט קמא, משיבים בשלילה.

21. לטענת המערערת, ביהמ"ש קמא לא קבע ממצאים בשאלת מודעותו של המשיב שעה שנכנס למקרקעין. והיא מבקשת לאמץ בענין זה את גרסתו של המשיב בחקירותיו שם טען כי אינו יודע מי הבעלים של המקרקעין, וללמוד מכך שהיה מודע שהוא נכנס למקרקעין המוחזקים בידי אחר, ולהעדיפה על גירסתו בבית המשפט לפיה אביו רכש את המקרקעין.

22. עיון בהכרעת הדין של בימ"ש קמא מראה כי הוא לא דחה את גירסת המשיב, לפיה אביו רכש את המקרקעין מסעדיה מורי, נהפוך הוא בית המשפט ציין כממצא עובדתי ש"מדובר במקרקעין שלטענת המשיב אביו רכש אותם". ממצא עובדתי זה לא התבסס על דברי המשיב בלבד אלא על החיזוקים שמצא בית המשפט מכך ש"הוכח שהוא משלם עליהם תשלומי ארנונה במשך עשרות שנים (6/נ) ואין מחלוקת כי במהלך השנים, בהם החזיק במקרקעין, איש לא פנה אליו בדרישה לצאת מהם".

23. יצוין כי, החשד שיוחס למשיב בחקירתו מיום 25.8.13, היה "בנית מבנים ללא קבלת היתר וביצוע שימוש למגורים בניגוד להוראות החוק וללא קבלת היתר", ולא עבירה של הסגת גבול. המשיב ציין בחקירתו כי הוא יושב בהם 44 שנה, והעובדה כי במהלך חקירתו לא ידע להשיב לשאלה מי בעל המקרקעין, אינה מלמדת כי ידע שנכנס למקרקעין שלא כדין.

ביום 28.5.14 נחקר שנית באזהרה והפעם בחשד לביצוע עבירה של "השגת גבול פלילית... פלישה לקרקע ציבורית השייכת לעיריית רחובות". לגבי חשד זה כשנשאל אם קנה את השטח והמבנים השיב "אני לא יודע, יכול להיות שאבא שלי עשה איזה מהלך, אני צריך לבדוק, אני לא קניתי" לשאלה אם יש בידו מסמכים השיב "אני אבדוק עם אבא שלי". משבדק הזמין את עדיו לבית המשפט.

24. גירסתו של המשיב בחקירותיו, אינה סותרת את גירסתו בבית המשפט והיא נתמכת בגרסת עדיו.

אביו, מר ניסים נועם (להלן "ניסים"), העיד כי קנה את המקרקעין בשנת 74 מסעדיה מורי. בעת שרכש את המקרקעין היה שם פרדס והמוכר, סעדיה מורי, התגורר בפרדס בצריף רעוע. ניסים פרט "הוא היה שם גר, אז באתי דיברנו אמר אני רוצה למכור מכר גם במקום אחר אמרתי לו קרקע? מה גוש? חתם על זכרון דברים אני חתמתי לחצנו ידים וזהו הוא יצא"

בהמשך העיד כי שילם על המקרקעין 1050 לירות סטרילין(?).

על העובדה שסעדיה מורי התגורר במקרקעין העיד גם מר דרור צעדי (להלן "צעדי"), נכדו של מר סעדיה מורי "זה היה הבית של סבא שלי אני גדלתי שם עד גיל 12,13". מר צעדי אמנם לא ידע למסור פרטים לגבי המכר הנטען אך העיד כי ראה את ניסים בא לבית סבו, וסבתו אמרה שהוא רוצה לקנות את הבית.

עדויותיהם של ניסים וצעדי לא נסתרו וביהמ"ש קמא בהתייחסו לעדויות אלה (גם אם לא באופן מפורש) אמר "בענייננו מדובר במקרקעין שהנאשם טוען כי אביו רכש אותם" ובהמשך "יתכן והנאשם סבור שהוא מחזיק בנכס כדין וממילא אין לו את היסוד הנפשי הנדרש בעבירה". דברים אלה של ביהמ"ש קמא מלמדים כי הוא נתן אמון בדברי העדים או למצער הם הצליחו להטיל ספק בשאלת מודעותו לכך שהוא נכנס לנכס שלא כדין.

25. לעדויות אלה מתווספת העובדה שהמערערת לא הצליחה להוכיח מי היה בעל המקרקעין שעה שהמשיב נכנס אליהם. המערערת הציגה בבית המשפט נסח היסטורי (ת/11), ממנו עולה, כפי שקבע בית המשפט קמא, כי המדינה היא הבעלים מאז 1986. עיון בנסח הרישום ההיסטורי מלמד כי חלקה 24, נשוא כתב האישום, נוצרה מפיצול חלקה 1. הפיצול נרשם ביום 21.9.86, ובאותו מועד נרשמה חלקה 24, היא החלקה נשוא הדיון, על שם המדינה, והועברה בהתאם לחוק רישום שיכונים ציבוריים על שם עיריית רחובות. הא ותו לא. כפי שקבע בית המשפט קמא, אין בנסח האמור מידע לגבי הבעלות של החלקה לפני המועד האמור.

בהעדר נתונים כאמור, מסקנתו של בית המשפט קמא בדבר העדר המודעות של המשיב כי נכנס לנכס לא היתה כדין, או למצער כי קם ספק בשאלת מודעותו היא מסקנה הגיונית ומסתברת מתוך הראיות שהיו בפניו.

נציין בנוסף כי לא היו סממנים חיצוניים שיכלו לעורר ספק בלב המשיב. המשיב שילם במשך כל השנים את תשלומי הארנונה והמים על הנכס, וכעולה מאישורי תשלום הארנונה (נ/6), המופקים על שמו של אביו, ניסים נועם, תאריך האיכלוס של הנכס, כרשום באישורי התשלום, הוא בשנת 1965, דהיינו לפני המועד הנטען בו רכש אבי המשיב את הנכס. במהלך כל השנים איש לא טען בפני המשיב כי הוא מחזיק בנכס שלא כדין, ולא ביקש ממנו לפנות את המקרקעין.

26. גם אם היינו מגיעים למסקנה כי המקרקעין היו רשומים החל משנת 1929 על שם מדינת ישראל, לא הוכח כי המשיב ידע בשעה שרכש את המקרקעין מסעדיה מורי כי לסעדיה מורי לא היו זכויות חזקה אותן יכול היה להעביר לאבי המשיב.

יתרה מכך, גם אם המשיב היה מודע כי הוא נכנס למקרקעין שלא כדין, הרי שמיום שהעיריה היא בעל המקרקעין, הרי שבנסיבות המקרה שלפנינו כמתואר להלן, לא ניתן לשלול את האפשרות כי המערער סבר שבעל המקרקעין נתן הסכמה מכללא להמשך החזקתו בנכס

מר חנניה כורש סמנכ"ל נכסים וביטוח בעיריית רחובות שהעיד כי לחלקה 24, כמו לכל נכס בעיריה יש תיק, העיד כי ביקר בנכס מספר פעמים אך לא ידע כי יש מחזיק נוסף על המחזיקים הרשומים בתיק כיוון ש"יש שם תיחום של גדר איסכורית מאד גבוהה שאי אפשר להביט מעבר ואני חושב שזה מחדל שלנו" (עמ' 20 ש' 13-14 פרו'). דהיינו, האחראי על נכסי העיריה רואה נכס של העיריה מוקף בחומה גבוהה, איננו יודע מי בנה את החומה ומי מחזיק את המקרקעין הנמצאים מאחורי החומה (ונזכיר כי מדובר בשטח של 1,800 מ"ר) ואינו טורח לבדוק בספרי העיריה בהם ניתן היה לגלות בנקל כי המחזיק משלם ארנונה ומים ושמו מופיע בספרי העיריה, ופותר עצמו באמירה "זה מחדל שלנו". למרות התמיהה הרבה שמעלים דבריו, ומאחר ובית המשפט קמא לא קבע דבר לגבי מהימנות גירסתו אף אנו לא נעשה זאת שכן די לנו בעדותו של שחר ממן מפקח ביחידה הארצית לפיקוח על הבניה שהעיד כי עיריית רחובות לא

טיפול בעבירות הבניה נשוא המקרקעין **ולא רצתה** לטפל במקרה זה. דהיינו לא רק שהמשיב לא היה מודע בשעה שנכנס לנכס כי הוא נכנס אליו שלא כדין, אלא שגם לאחר שהיחידה הארצית לפיקוח על הבניה "גילתה" את אזנה של העיריה - בעל המקרקעין - שמאחורי גדרות האיסכורית המחזיק במקרקעין הוא המשיב, לא פנתה העיריה, בעלת הנכס, אל המשיב לא ביקשה ממנו לפנות את המקרקעין **ולא רצתה לטפל בהוצאתו מהנכס**. המסקנה מעדויות אלה היא כי המשיב, בנסיבות המקרה האמור, יכול היה להסיק כי בעל המקרקעין מסכים מכללא להחזקתו במקרקעין.

27. לא נעלמו מעינינו דברי בית המשפט העליון בע"א 3846/13 **מדינת ישראל נ' היפר חלף** (ניתן ביום 21.7.15 פורסם בנבו) אליו הפנתה המערערת. פסק הדין היפר חלף עסק בשאלה אם יש להעניק פיצוי למי שהחזיק במקרקעי ציבור מתוך הסכמת הרשות בשתיקה, אותה יש לראות כ"רשיון מכללא".

לענין זה (פיצוי) קבע בית המשפט כי אין "**בסיס ענייני ולא צידוק חוקי להכיר בקיומו של "רשיון מכללא"**", אך סבורים אנו כי לא כך הדבר כאשר מדובר בעבירה של הסגת גבול, בענין היפר חלף הנ"ל אמר בית המשפט העליון את הדברים הבאים:

"אכן עסקינן בטענת רישיון מכללא - קרי, כזה המאפשר החזקה ושימוש בשטח כתוצאה משתיקת הבעלים; זאת בניגוד לרישיון חוזי, בו בעלי הקרקע נותנים את הסכמתם המפורשת לשימוש או החזקה בשטח. הרציונל שבבסיס הרישיון מכללא הוא היות הבעלים מושתיקים מטענת הסגת גבול כלפי מי שהחזיק בקרקע והסתמך על שתיקתם. רישיון במקרקעין עשוי להיות הדיר או בלתי-הדיר. קרי, ישנם רשיונות אשר הבעלים יכולים לבטל כרצונם, וישנם רשיונות שלגביהם לא יוכלו לעשות כן. ככלל, רישיון מכללא הוא מטבעו רישיון הדיר הניתן לביטול בכל עת (ע"א 50/77 מזרחי נ' אפללו[פורסם בנבו] (1977); רע"א 2272/11 ברכה נ' בזק [פורסם בנבו] (2011)). מתן רישיון בלתי הדיר עשוי להשפיע גם על צד ג' (ראו ע"א 588/81 ציזיק נ' הורוביץ [פורסם בנבו] (1986)), אך ככלל רישיון מקנה זכות אישית כלפי הבעלים, ולא זכות קניינית כלפי כולי עלמא. כאמור, במקרה דנן אין חולק כי השאלה הרלבנטית היא קיומו של רישיון הדיר מכללא, שעליו כתבה המלומדת זלצמן (נינה זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב 24, 28 (תשנ"ה); להלן זלצמן):

"לצד רשות שניתנה בהבטחה מפורשת ניתן לתאר מצבים שבהם נלמדת הסכמתו של בעל המקרקעין, ומכאן רשותו, משתיקתו ואי-מחאתו על ההחזקה של פלוני בנכס, או על השימוש שהוא עושה בנכס, כאשר בנסיבותיו של המקרה ניתן היה לצפות את התנגדותו. במצבים אלו ההחזקה או השימוש הושגו במעשה עוולה של הסגת גבול במקרקעין, אך השלמתו של בעל המקרקעין עם נוכחותו של פלוני בנכס מניחה עם עבור הזמן את הסכמתו שבשתיקה".

ואם כך הדבר בכל הנוגע לעוולת הסגת גבול, נראה כי באותה מידה, ואולי אף בבחינת קל וחומר, כך הדבר גם בעבירה של הסגת גבול, דהיינו כי אין מקום לייחס למי שמחזיק במקרקעין, כאשר בעל המקרקעין יודע ושותק, עבירה של הסגת גבול, ובמיוחד כאשר מדובר בשתיקה "מהדהדת" כפי שהיה במקרה דנן.

28. משהגענו למסקנה כי למשיב לא היה היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של הסגת גבול, בין אם לאור טענתו כי אביו רכש את המקרקעין, ובין אם מכח ההסכמה מכללא של העירה, דין הערעור על הכרעת הדין להידחות.

29. לאור המסקנה אליה הגענו, מתייטר הצורך לדון בחלופה של "כדי לעבור עבירה" אליה לא התייחס בית המשפט קמא בהכרעת דינו.

הערעור על גזר הדין (קולת העונש)

גזר הדין של בימ"ש קמא

30. אין מקום לזקוף לחובתו של המשיב את המחלוקת הקניינית הקיימת בין הצדדים ולהחמיר בעונשו בשל העובדה שמדובר במקרקעין שהינם בבעלות העירייה, ויש להתייחס לעבירת השימוש בלבד, אם כי אין להמעיט מהחומרה שיש לעבירה זו בנסיבותיה - שימוש במקרקעי ציבור.

31. אין לבסס את מתחם העונש על סעיף 61' לחוק העונשין. המשיב הורשע בעבירה לפי סעיף 204(א) לחוק הת"ב והעונש הקבוע לצדה של עבירה זו הוא קנס ומאסר שנתיים ובעבירה נמשכת קנס נוסף ומאסר נוסף לכל יום שבו נמשכת העבירה, לאחר שהמשיב קיבל הודעה בכתב מהוועדה המקומית על העבירה או לאחר הרשעתו. מאחר והוועדה המקומית לא הודיעה למשיב בכתב כי הוא מבצע עבירה, העבירה נמשכת ממועד הכרעת הדין בלבד.

32. הערך החברתי שנפגע מביצוע עבירה של שימוש ללא היתר ובניגוד להוראות תוכנית הינו פגיעה בשלטון החוק והסדר הציבורי. מידת הפגיעה בערך המוגן היא ממשית לנוכח העובדה שהמשיב עשה במשך שנים רבות שימוש ללא היתר בהיקף בניה נרחב בניגוד לתוכנית כאשר הוא יודע כי הדבר מנוגד לחוק ובכך הפגין זלזול בשלטון החוק. מדיניות הענישה בעבירות על חוק התכנון והבניה, נועדה להרתיע את הנאשם הספציפי ועבריינים פוטנציאליים, במטרה להפוך את ביצוע העבירות לבלתי כדאיות כלכלית.

במקרים דומים של שימוש ללא היתר הוטלו על נאשמים קנסות שנעו בין עשרות אלפי שקלים ועד לסכומים נכבדים וניכרים, הכל בשים לב להיקף השימוש ומטרת השימוש.

33. אין מקום להטיל על המשיב קנס על פי כפל שווי המבנה המבוסס על סעיף 219 לחוק התכנון והבניה, שלא הוכח. מדובר במבנים יבילים ששווים בהכרח נמוך בהרבה ממבנה קבע. יתרה מכך, הטלת קנס על פי כפל שווי המבנה צריכה להיעשות בנסיבות חמורות במידה המצדיקה סנקציה כזו. בענייננו יש לזקוף לקולא את השתהותה של המערערת שהייתה מודעת להפרה הנמשכת במשך שנים רבות ולא פנתה למשיב בדרישה לפינויו מהמקרקעין, והיא מתנגדת לנהל נגדו הליך אזרחי על מנת לבחון את טענותיו בדבר זכויותיו, שייטכן והיה בהם לקבוע כי מגיע לו פיצוי בגין הפקעת המקרקעין מידיה. נסיבות אלה מצדיקות לא לגזור על המשיב פיצוי בהתאם להוראות סעיף 219 לחוק.

34. בית המשפט זקף לקולא את העובדה שהשימוש אינו מסחרי אלא שימוש פרטי למגורים; את העובדה שלא הוכח שנגרם או צפוי להיגרם נזק מביצוע העבירה שכן לא ברור אם קיימות תוכניות ביצוע שאת מימושן מנע המשיב. כן

לא הוכחה תועלת כלכלית שנוצרה למשיב מהשימוש הלא חוקי.

לחומרא זקף בית המשפט קמא את היקף הבניה, השימוש רב השנים ללא היתר בניה ואף ללא בקשה להיתר בניה, ואת ייעוד המקרקעין לבנייני ציבור.

בימ"ש קמא קבע כי מתחם הקנס ההולם הינו החל מ- 30,000 ₪ ועד ל- 100,000 ₪.

35. בגזירת העונש בתוך המתחם התחשב בית המשפט קמא לקולא בהודאת המשיב, בעובדה שזוכה מעבירת הסגת הגבול, בכך שניהול ההליך היווה גורם מרתיע, העדר עבר פלילי, שיתוף הפעולה בחקירה, ומצבו הכלכלי של המשיב אף כי אינו מצב כלכלי קשה.

36. בימ"ש קמא קבע כי אין להחמיר בעונשו של המשיב מעבר לנאשמים אחרים שהורשעו בעבירות דומות, משיקולי הרתעת הרבים, בייחוד נוכח העובדה שמדובר בכתב אישום יחיד מסוגו שאין דומה לו, כך שלא ברור מהי ההרתעה הנדרשת כאשר אין מקרים דומים אחרים.

37. בהתחשב בשיהוי הרב בהגשת כתב האישום, בהעדר הוכחה בדבר נזק שנגרם למערערת, ובמחלוקת הקניינית של הצדדים אודות המקרקעין ובהתחשב בכך שמדובר בביתו של המשיב קבע בית המשפט קמא שיש מקום לדחות את מועד ביצוע צו ההריסה ע"מ לאפשר לצדדים פרק זמן נוסף למיצוי ההליכים ביניהם וברור הזכויות במקרקעין.

נימוקי הערעור על גזר הדין

38. העונש שהשית בימ"ש קמא על המשיב חורג לקולא מהסביר, מחטיא את תכליות הענישה ומעביר מסר סלחני שאינו סביר בנסיבות העניין.

כדי לתרום לצמצום תופעת הבניה הבלתי חוקית על ביהמ"ש לתרום חלקם באמצעות ענישה כלכלית שתהפוך את עבריינות הבניה ללא כדאית.

39. בעצם זימונו של המשיב ביום 2.5.13, לחקירה באזהרה בגין ביצוע עבירות תכנון ובניה ניתן לראות הודעה המתחילה את מניין הימים לצורך חישוב הקנס היומי שניתן להשית עליו. די בעובדה שגורם מוסמך הודיע וידע את המשיב כי הוא מבצע עבירה כדי שניתן יהיה להטיל עליו קנס יומי. החשיבות במסירת ההודעה אינה בזהות הגורם המוסר את ההודעה, אלא בעצם העובדה שגורם מוסמך הודיע וידע את המשיב כי הוא מבצע עבירה.

עד למועד גזר הדין חלפו 986 ימים, והקנס המרבי שהיה בסמכות בימ"ש להשית על המשיב, בנסיבות המקרה הוא 1,380,400 ₪. לכך יש להוסיף את הקנס המקסימלי עבור העבירה בה הורשע בסך של 75,300 ₪, כך שמסגרת הקנס המרבי היא 1,455,700 ₪.

40. מתחם הקנס ההולם הוא על כן בין 400,000 ₪ ל- 500,000 ₪, סכום המהווה פחות ממחצית הקנס המקסימלי שניתן לגזור (1,455,700 ₪). אי האכיפה של דיני התכנון והבנייה מעבירה מסר של הפקרות ואנרכיה, מקרה זה מהווה דוגמא להפקרות של דיני התכנון והבנייה ושלטון החוק - כשהמשיב בלב עיר, במקום גלוי לעיני כל משתלט על קרקע ציבורית המיועדת לשרת את כלל התושבים, בונה עליה את ביתו ובתי ילדיו. ברי, שמידת הפגיעה במקרה זה בערך החברתי היא גבוהה.

41. באשר לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה יש לקחת בחשבון כי המשיב הוא המבצע הבלעדי של העבירה במשך שנים, הוא לא הסתיר זאת ולא ניסה להכשיר את מעשיו. יש לשים דגש על הרתעת הרבים, תוך העברת מסר שבנייה בלתי חוקית ופלישה לקרקע ציבורית, היא עבירה שקנס כבד לצידה, שלא משתלם לבצעה. כדי להעביר מסר כזה יש להעמיד את הקנס במקרה זה על כ- 450,000 ₪.

הקנס שהשית בימ"ש קמא אינו סביר וחורג לקולא מתכליות הענישה. בימ"ש קמא גזר על המשיב קנס ממנו עולה שעליו לשלם בגין 7.5 שנות שימוש חורג סכום של כ- 450 ש"ח לכל חודש שימוש חורג בנסיבות המקרה.

42. לא היה מקום להקל עם המשיב מהנימוק שלא הוכח כי נגרם נזק כתוצאה מהשימוש החורג שהמשיב ביצע וכי לא הוכחה טובת ההנאה של המשיב. הנזק שנגרם לציבור מכך שלא ניתן היה לממש את ייעוד הקרקע אינו דורש הוכחה והוכחת תועלת שצמחה למשיב אינה הכרחית לשם ענישה כלכלית בעבירות מסוג זה.

תגובת המשיב

43. מתחם הענישה שנקבע סביר בנסיבות המקרה.

טענת המערערת כי לא נדרשת הודעה של הוועדה המקומית וכי הזמנה לחקירה עונה לדרישת היידוע, הרי שטענה זו לא נתמכה בכל אסמכתא.

44. דרישתה של המערערת להעמיד את סכום הקנס על סך של כ- 450,000 ₪, שגויה ולא מבוססת על כל אסמכתא. ההפניה לפסק הדין ירקונים שגויה ולא ניתן להסתמך עליו, נוכח הנסיבות השונות בין המקרים. שם דובר על 10,000 מ"ר משרדים שהניבו רווחים של מיליונים בשנה.

45. גזר הדין של בימ"ש קמא מבטא איזון נכון וראוי של כל האינטרסים הרלוונטיים, הציבורים והאישיים, בימ"ש קמא שקל את כל שיקולי הענישה כולל אחידות הענישה ואיזן ביניהם נכונה.

דין והכרעה בערעור על גזר הדין

46. העונש שהוטל על המשיב הוא בגין עבירה של שימוש ללא היתר ובניגוד לתכנית ולא בעבירה של הסגת גבול ממנה זוכה.

47. על פי סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה ניתן לחייב בקנס יומי כאשר מתבצעת עבירה נמשכת "לאחר שקיבל הנאשם הודעה בכתב מהועדה המקומית על אותה עבירה או לאחר הרשעתו".

לאור הוראת החוק הברורה, בצדק קבע בית המשפט קמא כי :

"הנאשם הורשע על עבירה לפי סעיף 204(א) לחוק ובה נקבע באופן מפורש כי העונש בגינה הינו קנס ומאסר שנתיים ובעבירה נמשכת קנס נוסף ומאסר נוסף לכל יום שבו נמשכת העבירה לאחר שקיבל הנאשם הודעה בכתב מהועדה המקומית על אותה עבירה או לאחר הרשעתו.

אין חולק כי הנאשם לא קיבל הודעה בכתב מהועדה המקומית על אותה עבירה ועל כן לא ניתן לבצע תחשיב של קנס בהתאם להוראת סעיף 61(ג) לחוק העונשין לפרק זמן של שנים אחורה כפי שנעשה ע"י ב"כ המאשימה אלא ממועד מתן הכרעת הדין בלבד. (פסקה 25, עמ' 64, ש' 1-8 לגזר הדין).

ניסיונה של המערערת לראות בזימונו של המשיב לחקירה מענה לתנאי דרישת ההודעה בכתב מהוועדה המקומית, אינה עונה על הדרישה המפורשת בחוק. ברע"פ 3097/10 סנעאללה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה מעלה הגליל [פורסם בבנו] (27.06.11), התייחס ביהמ"ש לדרישה הדווקנית לקיומו של תנאי ההודעה בכתב וציין בעניין זה כדלקמן:

" עניין נוסף הנתון לשיקול דעתו של בית המשפט, הוא חיוב נאשם בתשלום קנס נוסף בגין כל יום בו נמשכת העבירה. אולם, הדבר הותנה בכך שהנאשם יקבל הודעה בכתב מהוועדה המקומית על אותה עבירה או לאחר הרשעתו (סעיף 204(א), סיפא, לחוק התכנון והבניה). בפני ערכאות קמא לא הוצגה ראיה לכך שהוועדה המקומית שיגרה הודעה למבקש, וממילא לא התקיים התנאי לגזירתו של קנס יומי". (ההדגשות בקו אינן במקור - ז.ב.)

לפיכך, אנו דוחים את הבקשה לחייב את המשיב בקנס יומי בגין ביצועה של עבירה נמשכת, החל מיום זימונו לחקירה ב-2.5.13.

48. נציין כי הקנס המקסימלי האפשרי בגין עבירה של שימוש בלא היתר הוא ₪ 75,300, ובתוספת קנס בסך של ₪ 173,000 בגין 124 יום לפי 1,400 ₪ בעבור כל יום שבו נמשכה העבירה ממועד הכרעת הדין (8.9.15) ועד מועד גזר הדין (11.1.16) עולה הקנס המקסימלי אותו ניתן להשית על המשיב כדי 248,300 ₪.

בנסיבות אלה, סבורים אנו כי רף הקנס העליון שקבע בית המשפט אינו משקף את המתחם הנכון, בהתחשב בהיקף הבניה, ובמשך השימוש בו נמשכת העבירה ויש להעמידו על 150,000 ₪.

49. אף אנו סבורים כי הפסיקה אליה הפנתה המערערת, אינה רלוונטית למקרה דנן, ואין בה כדי להצביע על שינוי במדיניות הענישה לחומרה. מדובר במקרים בהם הנסיבות שונות והעונש נגזר מערוץ ענישה שונה (וראה פירוט ערוצי הענישה בסעיף 35 להודעת הערעור), כפי שאבחן נכונה בימ"ש קמא (בעניין זה, ראו פסקות 30-31, עמ' 30-31).

66, ש' 11-24 לגזר הדין).

האמור לעיל נכון גם ביחס לפסיקה אליה הפנתה המערערת בערעורה בפרט לפסק הדין בעפ"ג 29521-03-14 (מרכז) **עמוס לוזון ואח' נ' מ"י** (פורסם בנבו 14/09/14) שעסק במערערים שעשו שימוש מסחרי בהיקף נרחב בקרקע שייעודה חקלאי, תוך ביצוע עבירות חמורות על חוק התכנון והבנייה, בין היתר הקמת מבני קבע בניגוד לחוק, אי קיום צו מנהלי בניגוד לסעיף 237 לחוק, ביצוען של עבירות כלכליות שבוצעו לא מתוך מצוקה אלא למען בצע כסף.

50. לאור האמור מצאנו כי הקנס שהושת על המשיב ע"ס 40,000 ₪ אינו מבטא נכונה את הקנס שהיה ראוי להטיל על המשיב לאור היקף העבירה, בהתחשב בעובדה כי העבירות בוצעו על קרקע ציבורית.

לאור האמור אנו מקבלים את הערעור על גזר הדין ומעמידים את הקנס על 100,000 ₪ או 10 חודשי מאסר תמורתו.

סוף דבר

51. הערעור על הכרעת הדין נדחה. הערעור על גזר הדין מתקבל באופן שהמשיב ישלם קנס של 100,000 ₪ ב- 10 תשלומים חדשיים שווים ורצופים החל מיום 15.2.17. אי תשלום סכום כלשהו במלואו או במועדו יעמיד את כל יתרת הקנס לפרעון מיידי.

יתר רכיבי גזר דינו של בית המשפט קמא בת.פ. 14-07-19345, יעמדו על כנם.

ניתן היום, כ"ו טבת תשע"ז, 24 ינואר 2017, במעמד הצדדים.

שמואל בורנשטיין, שופט

זהבה בוסתן, שופטת

יעקב שפסר, שופט, סג"נ, אב"ד